Besitzsicherung durch Vestitur

nach älterem deutschem Recht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Fritz Gillis

Referendar

ACAD
LUGD.BAT
BIBL.

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1913

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Correferent: Professor Dr. Leonhard.

Teildruck der Abhandlung: „Gewährschaftszug und Laudatio auctoris“, die demnächst in Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte [Verlag von M. & H. Marcus in Breslau] erscheint.

Meinem Vater

und

meinem Bruder Eduard

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543108_0096

Literaturverzeichnis

I. Quellen

Monumenta Germaniae Historica: Leges I—V.
— — Constitutiones, legum sect. IV tom II.
Codex Diplomaticus Cavensis III.
Monumenta Boica IV, XXV.
Geffken, Lex Salica, 1898.
Sohm, Lex Ribuaria, 1883.
Bluhme, Edictus ceteraeque Langobardorum leges, 1870.
Zeumer, Leges Visigothorum, 1894.
Lehmann, Das Langobardische Lehnrecht, 1895.
Rozière, Recueil Général des Formules usitées dans l'empire des Francs de Ve au Xe siècle, 1859.
Schmid, Gesetze der Angelsachsen, 1832.
Liebermann, Gesetze der Angelsachsen, I, II 1 und 2, 1903 ff.
Meichelbeck, Freisinger Traditionen (Historia Frising.). 2 Bde.
Bitterauf, Die Traditionen des Hochstifts Freising I. Bd., 1905.
Schannat, Traditiones Fuldenses I.

Homeyer, Sachsenspiegel, 1. und 2. Teil, 1861.
—. Richtsteig Landrechts, 1857.
Ficker, Spiegel deutscher Leute, 1859.
v. Laßberg, Schwabenspiegel, 1840.
Görlitzer Landrecht (Homeyer II).
Endemann, Kleynes Keyserrecht, 1846.
Hach, Das alte Lybische Recht, 1839.
Leman, Das alte Culmische Recht, 1883.
Gaupp, Deutsche Stadtrechte im Mittelalter, 1851.
Gengler, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, 1852.
— Deutsche Stadtrechtsaltertümer, 1882.
Laband, Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht, 1863.
— Magdeburger Rechtsquellen.
Friese u. Liesegang, Magdeburger Schöffensprüche, 1901.
Korn, Breslauer Urkundenbuch, 1870.
Walther, Weichbildrecht, 1871.

Göschen, Die Goslarischen Statuten, 1840.
Ortloff, Rechtsbuch nach Distinctionen, 1836.
Böhlau, Die Blume von Magdeburg, 1868.
Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen (Glogauer Rechtsbuch) 1860.
Behrend, Die Magdeburger Fragen. 1865.
Ermisch, Freiberger Stadtrecht, 1889.
Rössler, Die Stadtrechte von Brünn, 1852.
— Prager Stadtrecht, 1845.
Förstemann, Mühlhauser Rechtsbuch, 1843.
Auer, Stadtrecht von München, 1840.
Tschoppe und Stenzel, Urkundenbuch, 1832.
Lacomblet, Niederrhein. Urkundenbuch I, 1840.
Beyer, Mittelrhein. Urkundenbuch I.
Schmidt, Urkundenbuch des Hochstifts Halberstadt I.
Doebner, Urkundenbuch der Stadt Hildesheim, 1881.
Hildesheimer Statuten in Pufendorfs Observationes, Tom. IV.
Beyerle, Konstanzer Urkunderbuch I, 1902.

Frankfurter Reformation von 1578.
Churfürstlich Pfaltz bey Rhein Ernewert u. Verbessertes Landrecht, 1700.
Nassau-Latzelnbagische (Gerichts-) und Landordnung, 1711.
Danzer, Das Bayrische Landrecht (cod. Max. Bav.), 1894.
Allgemeines Landrecht und
Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten.
Hannoversche ZPO von 1850.
Württembergische ZPO von 1868.

Corpus iuris civilis glossatum (Contii, Gothofredi).

II. Schriften

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 1901.
— Nordgermanisches Obligationenrecht, 1882 ff.
Bartolus, Interpretum iuris civilis Coryphaei, 1562.
Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht, 1876.
Bergmann, Pilii, Tancredi, Gratiae libri de iudic. ord., 1842.
Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, 1. Teil, 1835.
v. Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, Bd. 1—4, 1864—74.
Bewer, Sala, traditio, vestitura, 1880.
Beyerle, Salmannenrecht, 1900.
Bosworth, Anglo-Saxon and English Dictionary.
Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, 1859.

Brunnemann, Commentarius in Codicem, 1715.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, I² 1907, II 1895.
— Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl., 1912.
Bruns, Das Recht des Besitzes, 1848.
Bückling, in Beyerles Deutschrechtlichen Beiträgen VI, 2.
Caballinus, Tractatus de evictionibus, 1574.
de Castro, Commentarius super Codicem.
Dahn, Könige IX, 2.
Delbrück, B., Die dinglichen Klagen des deutschen Rechts, 1857.
Dernburg, Bürgerliches Recht, 3. Bd.
Du Cange, Glossarium VIII.
Emminghaus, in der Zeitschr. f. Zivilr. und Zivilproz. N. F. Bd. 18.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 22 und 29.
Flach, in der Zeitschr. f. Zivilr. und Zivilprozeß, Bd. 17.
Francken, Das Französische Pfandrecht im Mittelalter.
J. v. Gierke, in der Zeitschr. f. das gesamte Handelsrecht, Bd. 52, 612 ff, und 70, 382 ff.
O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 2 Bde. 1905.
— Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB., 1898.
— Schuld und Haftung, 1910.
Glück, Pandekten, Bd. 8, 1. 1807.
Gönner, Handbuch des gemeinen Prozesses I.
Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer.
— Deutsches Wörterbuch.
Günder, Das Institut der laudatio auctoris in seinen Beziehungen zum germanischen Evictionsprozeß, 1883.
Haeberlin, Systematische Bearbeitung der Urkunden in Meichelbecks Hist. Fris., 1842.
Haiß, Traditio und Investitura, 1876.
Hellwig, System des deutschen Zivilprozesses I, 1912.
Hermann, Grundelemente der altgerm. Mobiliarvindication in Gierkes Untersuchungen, Bd. 20, 1886.
Heumann, Opuscula, 1747.
Heusler, Die Gewere, 1872.
— Institutionen des deutschen Privatrechts, 1885.
— Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung bei Fahrhabe, 1871.
Holmes-Leonhard, Das gemeine Recht Englands, 1912.
Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894.
Hübner, Der Immobiliarprozeß der fränkischen Zeit, 1893.
— Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. 1912.
Ihering, Der Besitzwille, 1889.
Kannengießer, Die prozeßhindernde Einrede, 1878.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II, 1901.
Kern, Hand muß Hand wahren. Bresl. Diss. 1881.

Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß, 1912.
Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, 1895.
Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 1886.
Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen, 1869.
Linde, Abhandlungen aus dem deutschen Zivilprozeß, Bd. 4.
Loening, Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876.
London, Die Anefangsklage, 1886.
Merkel, Das Firmare des bairischen Volksrechts, Ztschr. f. Rechtsgeschichte, Bd. 2.
Mevius, Decisiones, 1675.
— Commentarius in ius Lubecense.
Meyer, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, 1902.
— Das Publizitätsprinzip, 1909.
— Zum Ursprung der Vermögenshaftung, Festschr. f. Gierke, 1911.
— Fahrnisverfolgung, im Reallexikon der Germanischen Altertumskunde von Hoops, 1911 ff.
Mitteis, Römisches Privatrecht, Bd. 1, 1908.
Mittermaier, im Archiv f. zivilistische Praxis, Bd. 3.
Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, 1912.
Niehaus, Fahrnisverfolgung und Publizitätsprinzip, Münstersche Diss. 1910.
Orth, Nötig und nützlich erachtete Anmerckungen zur Frankfurter Ref., 1731; 1. Forts. 1742.
Perezius, Praelectiones Cod. Just. 1671.
Perneder, Institutiones, 1556.
Planck, Gerichtsverfahren im Mittelalter, 1879.
— in der Zeitschr. f. deutsches Recht, Bd. 10, S. 258 f.
Rabel, Die Haftung des Verkäufers, 1902.
Rauch, Spurfolge und Anefang, 1908.
— Gewährschaftsverhältnis und Erbgang; in den hist. Aufsätzen für Zeumer.
Rehme, in den Göttinger gelehrten Anzeigen, 1905, S. 976 ff.
Riedner, Die Rechtsbücher Ludwigs des Bayern, Beyerles Beiträge VI, 3.
Rietschel, in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt. Bd. 27, S. 434.
Sandhaas, Germanistische Abhandlungen.
Savigny, Recht des Besitzes, 4. Aufl., 1822.
Schmeller, Bayrisches Wörterbuch, Bd. 2.
Schönfeld, Die Urheberbenennung im geltenden Recht und ihr Ursprung. Erlanger Diss. 1908.
Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl.
Schultze, Alfred, Gerüfte und Marktkauf, in der Festgabe für Dahn I, 1905.
— Publizität und Gewährschaft, Iherings Jahrb., Bd. 49.
— Die Bedeutung des Zuges auf den Gewähren, Festschr. f. Gierke, 1911.
Schultze, A. S., Privatrecht und Prozeß in ihren Wechselbeziehungen, 1883.
Schütze, in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 11.

Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens I, 1857.
Sohm, Der Prozeß der lex Salica, 1867.
— Das Recht der Eheschließung, 1875.
— in der Zeitschr. f. deutsche Rechtsgesch., Bd. 5, S. 449 f.
Strykius, Diss. iuridicarum Vol. X.
Thiele, Die laudatio auctoris im römischen Recht. Breslauer Diss. 1900.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses I, 1885.
Wellspacher, Publizitätsgedanke und Fahrnisklage im usus modernus, 1904.
Wernher, Selectarum observ. forensium, 1738.
Wieding, Der justinianeische Libellprozeß, 1865.
Windscheid, Pandekten I, II, 1906.
Wirsing, Über das Wesen der nominatio auctoris, 1848.
Wlassak, Vindikation und Vindikationslegat, Ztschr. f. RG., rom. Abt. Bd. 31.
Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 24, 26, 28.
Zycha, in der Ztschr. f. Schweiz. Recht, Bd. 44, 1903.

Verzeichnis der Abkürzungen

Liebermann = L., Gesetze der Angelsachsen, I und II 1. 2. 1903 ff.

Meich. I, II = Meichelbeck, Historia Frising. I und II.

Bitt. = Bitterauf, Die Traditionen des Hochstifts Freising, I, 1905.

Homeyer = H., Sachsenspiegel, 1. und 2. Teil, 1861.

Brunner I, II = Br., Deutsche Rechtsgeschichte, I² 1907. II 1895.

Grundzüge = Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 1912.

Gierke, I, II = G., Deutsches Privatrecht I, II, 1905.

Heusler = H., Die Gewere, 1872.

Laband = L., Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen, 1869.

Meyer = M., Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, 1902.

Publ. = Meyer, Das Publizitätsprinzip, 1909.

Rauch = R., Spurfolge und Anefang in ihren Wechselbeziehungen, 1908.

Schultze = Sch., Gerüfte und Marktkauf, Festg. f. Dahn I, 1905.

Sohm = S., Prozeß der lex Salica, 1867.

Inhalt

Seite

Einleitung und Voruntersuchung

§ 1. 1. Die laudatio auctoris und der Streit um ihren Ursprung . 13
§ 2. 2. Besitzübertragung als Besitzsicherung 16
§ 3. 3. Gewere und Gewährschaft. (Dazu ein sprachwissenschaftlicher Anhang von Prof. Dr. Theodor Siebs) 23

Erster Teil

Sinn und Motiv des Gewährzuges

§ 4. 1. Die Gewere . . . . . .
§ 5. 2. Der Bruch der Gewere . . . . . .
§ 6. 3. Der Nachweis des Bruchs der Gewere: Der Gewährzug . .

Zweiter Teil

Die prozessuale Gestalt des Gewährzuges

I. Abschnitt: Die älteste Form des Gewährzuges in den Volksrechten.

§ 7. 1. Der Schub . . . . . .
§ 8. 2. Die Ablösung als rein prozessuale Form . . . . . .
§ 9. 3. Die Einrede originären Erwerbs und ihre Beziehung zur Ablösung . . . . . .

II. Abschnitt: Die beharrlichen Elemente des Gewährzuges im Wechsel der Rechtsbildungen.

§ 10. 1. Die Grundelemente in den Volksrechten . . . . . .
§ 11. 2. Die verstärkte Ausbildung in den angelsächsischen Quellen
§ 12. 3. Die Entwickelung zu den Stadt- und Landrechten . . . .

III. Abschnitt: Der Wechsel in der Verklagtenrolle als historisches Entwicklungsziel.

§ 13. 1. Das Ausscheiden des ursprünglichen Verklagten . . . .
§ 14. 2. Die verstärkte Kennzeichnung des Ausscheidens durch Wiederholung des Anefangs und Hinzug zum Gewähren . . . .

§ 15. 3. Die prozessuale Gestalt des Gewährzuges als Bestätigung des Sinnes und Motivs des Gewährzuges . . . . . .

Dritter Teil

Das Zusammenwirken der nominatio domini des römischen Rechts und des Gewährzuges des germanischen Rechts zur modernen laudatio auctoris

I. Abschnitt: Prozeßinstitute des römischen und germanischen Rechts und ihre Beziehungen zum Gewährzuge.

§ 16. 1. Die nominatio domini des römischen Rechts (Lex 2 C. III 19)
§ 17. 2. Ihre Analogie mit der Eigentumsklage gegen den Vertrauensmann (Ssp. III 5 § 1) . . . . . .
§ 18. 3. Die Beziehung beider zu einander . . . . . .

II. Abschnitt: Die Peripetie in der historischen Entwickelung.

§ 19. 1. Die Würdigung der Rezeption . . . . . .
§ 20. 2. Zeichnung des römischen Evictionsprozesses in knappen Umrissen . . . . . .
§ 21. 3. Die italienische Jurisprudenz: die Glossatoren . . . . .

III. Abschnitt: Der Entwicklungsgang in der Neuzeit.

§ 22. 1. Die Kommentatoren und das gemeine Recht . . . . . .
§ 23. 2. Die Partikularrechte . . . . . .
§ 24. 3. Die Ausmündung in der modernen Gesetzgebung . . . .

Einleitung und Voruntersuchung

§ 1.

1. Die laudatio auctoris und der Streit um ihren Ursprung

Die laudatio auctoris ist ein Fall der Parteiänderung im Prozeß. Diese Parteiänderung ist aber anderer Art, als sie die neueste Wissenschaft technisch begreift[1]).

Ein Rechtsstreit ist durch zwei Größen bestimmt: durch die Parteien und durch den Gegenstand. Hierauf lassen sich die Bestandteile der Klageschrift, die als zergliederte Klage aufzufassen ist, zwanglos zurückführen[2]); und von hier aus divergieren die beiden Begriffe Parteiänderung und Klageänderung. Deren Selbständigkeit wird verbürgt durch die Selbständigkeit jener beiden Größen: des Rechts und des Trägers des Rechts. Jede ist ein fest abgestecktes Gebiet für sich. Eine Änderung kann nur innerhalb ihrer selbst erfolgen. Vielleicht nehmen sogar im Rechtsstreit die Parteien eine etwas starrere, zu einer Änderung weniger neigende Stellung ein. Nach ihnen heißt ja der Rechtsstreit. Sie begrenzen somit eine bestimmte Rechtssphäre. Es ist eine Vermengung ausgeprägter Sonderheiten, wenn man die Parteiänderung dem Begriff der Klageänderung unterzuordnen sucht[3]).

Die Verwischung dieser Begriffsgegensätze ist immerhin zu verstehen. Der deutsche Zivilprozeß hat die Klageänderung be-

---

[1]) Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß, 1912.

[2]) Ein Vergleich mit § 253 ZPO. bestätigt das. Das Gericht ist grundsätzlich aus der Person zu gewinnen. Seine Bezeichnung ist übrigens in Ziffer 1 § 253 ZPO. zugleich mit den Parteien gefordert. So wird gleichsam die Plastik des lebendigen Rechtsstreits aufs Papier projiziert.

[3]) Klageänderung ist „ein Wechsel des Anspruchs oder Prozeßstoffs unter denselben Parteien“ (Kisch S. 33), Parteiänderung ist nicht Klageänderung, sondern eine andere Klage (S. 24).

sonders eingehend behandelt, in den §§ 264, 268 bis 270 der ZPO. Sie ist ein Begriff, der zum festen Bestand der prozeßrechtlichen Vorschriften allgemeiner Natur gehört. Die Parteiänderung aber ist zunächst allgemein nicht festgelegt. Es handelt sich lediglich um ihre Zulässigkeit, wie bei der Klageänderung, und da könnte man das Gegenteil aus dem Gesetz herauslesen. Denn es redet überall von dem Beklagten[1]); Parteienwechsel aber ist die Ausnahme. Er findet sich nur in drei Fällen: bei der Erbfolge, der Rechtsnachfolge und der laudatio auctoris[2]). Hier ist der Wechsel ein einheitlicher Akt und als solcher von der Rechtsordnung gewollt. Da der Begriff der Parteiänderung jedoch sich nicht einheitlich konstruieren läßt[3]) aus der Forderung heraus, den Rechtsstreit bei dem einen zum Erlöschen, beim andern zur Entstehung zu bringen[4]), so folgen jene Fälle nicht dem Begriff der Parteiänderung, wie er dem Geiste der Zivilprozeßordnung entspricht.

Und doch unterscheiden sich die drei Fälle, die Kisch vom Schulfall ausscheidet, aber einheitlich behandelt, untereinander. Zunächst: bei der laudatio auctoris handelt es sich lediglich um den Beklagtenwechsel. In den beiden anderen Bestimmungen ist der Wechsel beider Parteien möglich. Und dann:

1. Die Erbfolge in den Prozeß (§ 239 ZPO.) entspricht dem Satz des materiellen Rechts: der Tote erbt den Lebendigen. Es ist im Grunde kein Wechsel einer Partei eingetreten, sondern das Verfahren wird fortgesetzt unter Änderung von zwar tatsächlich, aber nicht rechtlich erheblichen Umständen.

2. Bei der Rechtsnachfolge tritt eine Veränderung in der Beziehung zum Streitgegenstand ein derart, daß sogar im 3. Abs. des § 265 ZPO. unter gewissen Umständen, nämlich beim gut-

---

[1]) Kisch S. 25 spricht von der „endgültigen Fixierung" der Parteien.

[2]) Nach Kisch S. 26 soll grundsätzlich Parteienwechsel nicht zulässig sein. Die drei Fälle seien singulär (S. 66).

[3]) Kisch S. 36: es gebe keinen einheitlichen Willensakt, der die beiden Wirkungen erzeugen könnte.

[4]) Dieser Forderung wird nur genügt, wenn der Parteienwechsel aufgefaßt wird als eine Verbindung von Klagezurücknahme und Klageerhebung — und das ist der Schulfall — (vgl. Kisch S. 65), ohne daß eine inhaltliche Abhängigkeit (S. 72) oder wechselseitige Bedingtheit zu bestehen braucht (S. 79), sodaß sogar ein „leerer Zwischenraum" zwischen jenen Prozeßhandlungen liegen kann (S. 79 Anm. 15).

gläubigen Erwerb von Nichtberechtigten gemäß § 325 Abs. 2 ZPO.), der Mangel der Sachlegitimation ausgesprochen wird. Der Begriff der Parteiänderung tritt also hier recht erheblich zurück.

3. Nur bei der laudatio auctoris (§ 76 ZPO.) ist eine Änderung außerhalb des Prozesses weder in den persönlichen Umständen, noch in der Beziehung zum Streitgegenstand erfolgt. Sie bedeutet einen eigenen wirklichen Parteienwechsel, im Prozeß. Der unmittelbare legitimierte Besitzer — er ist legitimiert, da er ja als Besitzer in Anspruch genommen wird — verkündet dem mittelbaren Besitzer den Streit, der, wenn er der Streitverkündigung folgt, in den Prozeß eintritt, während der ursprünglich Verklagte, allerdings nur auf seinen eigenen Antrag hin, aus dem Verfahren ausscheidet.

Dieser dritte Fall ist — gegen Kisch — nicht gleichheitlich zu behandeln mit den beiden vorangehenden Fällen, denn er bedeutet im Gegensatz zu diesen einen ganz entschiedenen Parteienwechsel, der ganz innerhalb des Prozesses bodenständig ist, und doch ist er — mit Kisch — nicht dem Schulfall der Parteiänderung beizuordnen. Denn diese läßt sich dem Geiste der Zivilprozeßordnung gemäß nicht einheitlich begreifen, und der Parteienwechsel der laudatio auctoris ist ein einheitlicher Akt. Denn das Ausscheiden des ersten Beklagten steht mit dem Eintreten des neuen in wechselartiger Beziehung[1]).

Die laudatio auctoris ist von Kisch als fremd im Rahmen unseres Prozeßrechtes empfunden. Mit Recht; denn sie ist — und hiermit ist der Ausgangspunkt wieder erreicht — ein Parteienwechsel anderer Art, als sie dem Zusammenhang der Zivilprozeßordnung allein entspricht.

Die Frage, woher diese Ausnahmestellung eines besonderartigen Falles rührt, wird richtig damit beantwortet: es handelt sich um eine Entlehnung. Die herrschende Ansicht sagt: aus dem römischen Recht, und da bleibt fast unvernehmbar die Gegenmeinung: die laudatio auctoris habe ihren Ursprung im ältesten germanischen Recht.

Dieser Gedanke bedarf fester Stützen und starker Offensivkräfte, um den fast unerschütterlichen Glauben, die laudatio auctoris

[1]) Kisch S. 68 f. Bei § 76 ist der Austritt Folge des Eintritts und geschieht, weil neu übernommen wird, beim Schulfall Voraussetzung oder Begleiterscheinung des Eintritts und erfolgt, damit übernommen wird.

wurzele im römischen Recht, zu zerstören. Wenn in einer Dissertation[1]) die unzweifelhaft römische Grundlage nur deshalb behauptet wird, weil „alle Prozessualisten des 17. Jahrh. als auch der Neuzeit“ es so tun und „keine weitere Literatur bekannt ist, welche die laudatio auctoris aus dem deutschen Recht ableitet“, so ist das Glaube und nicht Wissen. Der Stand der Frage in der Literatur ist aber der, daß nach Wiedings[2]) Nachweis, die für die Herleitung der laudatio auctoris in Anspruch genommene Stelle (C. III 19, 2) habe nichts mit der modernen laudatio auctoris zu tun, zuerst Schultze[3]) mit der positiven Hindeutung auf den Gewährzug des deutschen Prozeßrechts einen Anhalt für die Aufklärung der strittigen Frage bot. Der Zug auf den Gewähren, in seiner Entwickelung als historische Einheit erfaßt, trägt in der Mannigfaltigkeit seiner Elemente den ausgeprägten Hang, auf das eine Ziel, die prozessuale Ablösung des Verklagten, abgestellt zu sein.

Dem Beweis dafür dienen die ersten beiden Teile, der erste allgemeine, der das rechtliche Motiv, der zweite, der den historischen Gang des Gewährzuges bis zu seiner letzten Ausgestaltung in den Rechtsbüchern behandelt.

Die vorurteilsfreie Deutung der römischen Quellen und zuletzt das Eingehen auf das Zusammentreffen des römischen Rechts mit dem germanischen zeitigt das Ergebnis: daß die laudatio auctoris des modernen Rechts eine „vormengite sache“ eine Bildung frühzeitiger Rezeption ist.

§ 2.

2. Besitzübertragung als Besitzsicherung

Die Besitzübertragung ist, wenn der Besitz als Form des dinglichen Rechts erfaßt wird, Übertragung der Form. Sie ist

[1]) Thiele, Breslau 1900: Die laudatio auctoris im römischen Recht. Anders die vortreffliche Monographie von Günder, Das Institut der l. a. in seinen Beziehungen zum germ. Evikt. Proz. 1883. Auch Schönfeld, Die Urheberbenennung im geltenden Recht und ihr Ursprung. Diss. Erlangen 1908. Hier ist die Frage zugunsten des deutschen Rechts behandelt, aber zu leicht und schnell beantwortet. S. 60 wird nämlich behauptet, daß der Beklagte sage, er habe einen Gewähren, für (!) den er besitze. Das ist doch eine arge Verkennung der Anefangsklage.

[2]) Der Justinianeische Libellprozeß. 1865.

[3]) Privatrecht und Prozeß in ihren Wechselbeziehungen. 1883.

die Begleitung der Rechtsänderung, die an sich durch einfache Willenseinigung erfolgen kann. Die aber genügt nicht, um einen so wichtigen Vorgang im Rechtsleben, zumal der älteren Zeit, wie die Änderung der Eigentumsverhältnisse, hinreichend zu bekunden, und genügt doch auch heute nicht!

Das dingliche Recht gewinnt im Besitz als in seiner Form seine feste Gestalt. Die Rechte als verborgene Willensbeziehungen bedürfen einer adäquaten Verkörperung. Beim Eigentumswechsel wird nicht das Recht lediglich als Bewußtseinstatsache übergeleitet, sondern der Besitz, der die Sichtbarkeit des Rechts bedeutet. Das Eigentum in seiner ganzen Gegenständlichkeit muß übertragen werden. Die Schwierigkeit besteht bei Fahrnis nicht, sie wird bei liegendem Gut zum Problem[1]).

Dieses Problem ist gelöst in der Vestitur: das Recht des Erwerbers schlüpft in das Gewand, das das Recht des Vorgängers bekleidet hat. Die Überleitung muß in der konzentriertesten Form geschehen, da im Besitzwechsel, der unmittelbarsten Rechtsveränderung, die Gefahr einer Unrechtlichkeit am nächsten liegt. Das Haben des Erwerbers muß dem Haben des Veräußerers konform sein. Daher wird ursprünglich von jedem Fußbreit Landes Besitz ergriffen[2]); das Symbol hilft hinweg über die Unzulänglichkeit des Formübergangs.

---

[1]) Hübner empfindet das: Immobiliarprozeß der fränkischen Zeit, 1893 S. 107. Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen 1835, 1. Teil S. 23 f.

[2]) Umgehen: trad. Fris. Meichelbeck I nr. 111 (Bitterauf 166), 326 (331), 550 (591), Umreiten: nr. 981 (1037). Vgl. nr. 492 (520): istam traditionem ita et omnibus praesentibus et videntibus perfecisset, . . ut sicut prius ita fecit ea ratione ut abscisso proprie arboris ramo et coram cunctis ipse W. . . tradidit et indubitanter confirmavit ea firma ratione. Vgl. dazu Beseler S. 24: „ . . und indem solche Gegenstände (Rasenstücke usw.) dem Erwerber überreicht wurden, war man der Meinung, ihm eben das Grundstück selbst in seine Hände gelegt zu haben." Oder auch die triduana sessio; vgl. Wigand, Fehmgerichte Westfalens S. 229, Urkd. von 1170: . . . eandem traditionem confirmavit. His ita gestis, iudex praecepit praeconi, ut praefata possessione me investiret; qui introduxit me cum multis nobilibus et liberis, qui appellantur Scepenen, et posita sella, quaesivit, quo ordine me investiri deberet. Demum novies regali banno eam nobis confirmavit, et sic triduana sessione, sicut moris est, ditioni nostrae dedicavimus. — Die Freisinger Traditionen sind, um mit der Lite-

In welcher Zeit ein rechtsförmlicher Akt als nötig erschien, um den Eigentumsübergang zu veranschaulichen, ist ungewiß. Wenn eine ausgeprägte Form erst später nachweisbar ist, so müssen doch die Spuren davon viel weiter zurückreichen[1]). Es ist kaum denkbar, daß ursprünglich eine Eigentumsänderung, in grauer Vorzeit doch sicherlich ein Losreißen von der Scholle bedeutend, formlos eingetreten sei[2]). Der Inhalt der Vestitura ist nicht an das Wort gebunden, sondern findet sich offenbar viel früher, z. B. als firmatio[3]).

---

ratur besser Fühlung zu halten, nach Meichelbeck — wie üblich — zitiert. Eine neue Ausgabe ist von Theodor Bitterauf besorgt: Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte, Neue Folge, 4. Band: Die Traditionen des Hochstifts Freising I. Band, München 1905. Diese Ausgabe ist (in den Klammern) durchweg mitberücksichtigt. Textliche Abweichungen von Meichelbecks Ausgabe sind wohl vorhanden, aber nicht von allzu großer Bedeutung, vgl. Bitterauf, a. a. O. S. XIII Anm. 2.

[1]) Die Tradition wird von einigen selbst als symbolische Auflassung gedeutet; Beseler S. 24. Daß Vestitura und traditio in einander übergingen, meint Bückling, in Beyerles Deutschrechtlichen Beiträgen VI 2 S. 179, der die Vestitur auch als Wiederholung der Tradition ansieht, jedenfalls nicht ohne Quellengrundlage: Meichelb. I 476 (501b): vestituram seu renovationem traditionis; ebenda nr. 71 (105a): iterare libuit ipsam traditionem, ut ipsa traditio stabilior permaneat et in perpetuum confirmata consisteret, firmavit. Et haec posterior traditio . . . Meich. I nr. 111: Et alia traditione .... ambo firmaverunt ipsam traditionem (166b). In Doppelausdrücken liegt jedenfalls die gewollte Kompliziertheit des Rechtsüberganges, z. B. trado et transfundo trad. Fris. Meichelb. I nr. 10 (12), 11 (3), 20 (33), 25 (32), 30 (44), 35 (43: dono atque transfundo — tradidi atque transfirmavi), 36 (—), 40 (63), 42 (61), 45 (62), 53 (103), 110 (165), 112 (170), Form. Sal. Merkelianae 9, Form. Bituricenses 15, Form. Turon. 42, Additamenta e codic. Form. Turon; tradidi (tradedi) et transfundavi Meichelb. I nr. 6 (15), 8 (17), 19 (38), 27 (49), 29 (65), 36 (42?), 37 (57b), 44 (56), 50 (72b), 92 (22), 93 (—), Form. Aug. Coll. B. 1; tradentes et transfundantes Meich. I nr. 34 (51); tradidit ac in eos transtulit: Konstanzer Urkundenbuch I S. 122 (1296), S. 232 (1325). Auch dono et transfundo: Meich. I nr. 4 (14a), 8 (17), 22 (34), 32 (47), 35 (43), 44 (56). Die Wiederkehr des Doppelausdrucks in den verschiedensten Formen erweckt die Vermutung, daß er eine Verstärkung bedeutet. Transfundo allein ist selten: Meich. I nr. 12 (19), 39 (60), 49 (70).

[2]) Hübner S. 108.

[3]) Meich. I nr. 395 (417): Fidejussores . . ad vestituram seu firmitatem huius traditionis perficiendam. Haiß, Traditio und Investitura 1876, S. 85: firmare oder confirmare werde für Vollziehung der Vestitur gebraucht,

Nun ist die Form überall die vom Recht legitimierte[1]) Art einer rechtlichen Beziehung. Schon darin liegt eine gewisse Sicherung, mindestens die, daß der erscheinende Zustand sich rechtlicher Anerkennung erfreut. Die wahre Sicherheit aber wird erreicht durch die Erhaltung der Form. Das ist so zu verstehen, daß in der Rechtsbewegung das, was dem Recht während seines Ruhens Gestalt gibt, die Form, unverletzt bleiben soll, daß aber ein sichtbarer Vorgang, jene Form in ihren Bestandteilen[2]) enthaltend, nötig ist, um eine Rechtsbewegung nach außen zu bekunden, und am meisten bei der gesteigertsten Veränderung, dem Wechsel in den Eigentumsverhältnissen.

Die Konformität der früheren Rechtslage mit der neuen, die durch eine möglichst lückenlose Überleitung erstrebt wird, verbürgt die Unantastbarkeit der Wandelung. Soweit der frühere Besitzstand gesichert war, ists auch der neue. Dieses Bedürfnis nach einer Form ist nicht bloß ein spielerischer Trieb, der für die ältesten Zustände Verständnis findet[3]). Die Form ist das all-

---

sei ein Zeugnis also für deren Dasein vor ihrer Benennung als investitura. Über die Vermengung der verschiedenen Ausdrücke, Dahn, Könige IV, 2 S. 344. Daß die Formation allgemein Besitzübertragungsakt ist, „solenne Verlautbarung" [Merkel, Das Firmare des bairischen Volksrechts, Zeitschr. f. Rechtsgesch. (Bd. 2, S. 101 ff.) S. 118] wird oft zu sehr in den Hintergrund gedrängt wegen Lex Baiuw XVI. Hier liegt nur ein Sonderfall vor. Vgl. Merkel a. a. O. S. 117. Über diese Besonderheit wird weiter unten gesprochen. Im folgenden wird ganz induktiv mit zahlreichen Belegen der Nachweis, daß vestire und firmare gleiches bedeuten, geführt werden. Merkel a. a. O. S. 155 wagt nicht, beherzt diese Gleichsetzung zu verfolgen. Man könnte sie höchstens in den Worten finden, S. 157: „. . . . tradidit et vestivit . . . : Diese Tradition war . . . nur einfach und unförmlich, sodaß die nachfolgende Investitur zugleich als renovatio traditionis und als Firmationshandlung vollzogen wurde."

[1]) Durch die Vestitur wird die Tradition „legaliter", Bückling S. 180. Ebenda S. 184 nr. 11: Lacomblet Nrh. Urkdb. I 399 (1159) quorum omnium presentia et consilio legitimus fieret nostrae emptionis status et perpetuae securitatis obtineret ratione. Meich. I nr. 150 (547 f.): ut vestituram legaliter accepisset; legaliter vestitus, Form. Imperiales nr. 30, 31.

[2]) Der Besitz, der Zustand, wird in einzelne Handlungen aufgelöst. Das geschieht durch Häufung und Anschluß mit et. Meich. I nr. 607 (634): vestivit et exivit . . . et intravit. Ähnlich ebenda nr. 550 (591).

[3]) Nicht anders faßt es Haiß, Traditio und investitura 1876, S. 48: „Die an Abstraktionen nicht gewöhnte, naive Volksauffassung forderte einen

gemeine Ausdrucksmittel, wodurch die Sicherheit der Rechtsordnung als „Friedensordnung“ in die Erscheinung tritt, sie ist aus dem Publizitätsprinzip gefordert[1]).

Insofern die Vestitur sich als Überfließen der Form des Rechts erweist, ist sie also schon eine Sicherung[2]), ist sie die Gewähr-

---

Akt der symbolisch-plastischen Darstellung des juristischen Inhalts der traditio. Darin liegt das Wesen der Investitur.“

[1]) Die Besitzübertragung zugleich als Besitzsicherung ist doch auch unserer Zeit nicht fremd. Das moderne Sachenrecht widerlegt die Anschauung von der Überlebtheit der alten Rechtsauffassung, die nach sichtbaren Formen verlangt. Die Grundbucheintragung als förmlicher Ausdruck des Besitzes von Liegenschaften gewährt im Umfang der §§ 891, 892 BGB. die Sicherung, die man in die Worte gekleidet hat: „Sei im Buch und du wohnst im Recht!“

[2]) Daß die Übergabe zugleich Sicherung sein soll, geht aus dem häufig gebrauchten firmiter tradere hervor: trad. Fris. Meich. I nr 13 (23), 31 (48), 58 (90), 60 (92), 61 (97b), 87 (87), 89 (100 firmiter indubitanter), 302 (323), 510 (547), 522 (575), 540 (588), 681 (737 tenendum atque possedendum), 492 (520 tradere et firmiter condonare), Form. Imperiales 34 (firmiter firmare). Die Sicherstellung wird meistens als Absicht oder Zweck hingestellt. Dafür sind ungezählte Beispiele zu finden; ut haec traditio firma oder stabilis permaneat, oft auch in perpetuum permaneat, Meich. I nr. 4 (14), 8 (17), 9 (16), 11 (3), 13 (23) 30 (44), 32 (47), 33 (52), 36 (42), 40 (63), 42 (61), 47 (69), 50 (72), 53 (103), 55 (85), 56 (84), 58 (90), 70 (102), 75 (36), 76 (101), 77 (82), 91 (119), 92 (22), 93 (104), 99 (120), 515 (552) usw. Form. Augienses Coll. B. 1 (firma et inconvulsa), Coll. Patav. 6. In den mannigfachsten Ausdrücken wiederholt sich das. Die Wichtigkeit der Sache gebietet eine Aufzählung solcher Wendungen. Meich. I in perpetuum firmam fieri stabilivi, stabilierunt nr. 35 (43), 36 (42), 50 (72), 54 (86); confirmatum permaneat nr. 31 (48); in perpetuum stabilem permanere confirmavit nr. 61 (97b); in perpetuum confirmavi nullo prohibente nr. 6 (15), 8 (17), 35 (43), 44 (56); confirmatione huius traditionis nr. 522 (575); traditionem firmaverat nr. 47 (ähnlich Bitt. 13); in perpetuo traditionem inviolatam permanere firmamus nr. 7 (13?), 57 (89); ut perpetualiter permansisset nr. 540 (588a); firmam permanendi statuimus nr. 36 (42); ut firmiorem tenerent roborem anteactas traditiones nr. 510 (547e); Et haec cessione a me facta omni temporae inviolabilis obteneat firmitatem, Form. Bituric 15. Besonders wird jene Festigung auf den Besitz deutlich bezogen: tradimus in possessionem perpetuam Meich. nr. 37, 38 (59), 76 (101); firmamus in perpetuam possidendam nr. 57 (89), 76 (101); cum possessionibus stabilimus . . . permanere in perpetuum nr. 36 (42). Häufige Verwendung in den Formeln: ad possedendam . . . liberam et firmissimam Cart. Senon. 2, 7, 9, 31; Form. Turon. 42 (perpetualiter ad possedendum); Form. Sal. Bignonianae 20; Form. Sal Merkelianae 9: Form. Sal. Lindenbrogianae 8: maneat inconvulsa, Form. Sal.

schaft gegen fremde Ansprüche. Von da aus erst entsteht die Pflicht,

Lindenbr. 8; ad securiter et firmiter possidendum Cod. Cav. III nr. 463, 466. An manchen Stellen fällt die Häufung von Ausdrücken auf, die die Festigung besonders eindringlich bezeichnen: iure perpetuo firmaverunt stabilitum Meich. I nr. 59 (91), firmiter firmare, ebenda; firmiter (est) confirmatum, nr. 410 (436); perpetua stabilitate in perpetuam traditio ejus confirmata permansisset, nr. 607 (634); in perpetuum stabilem fieri firmamus, nr. 40 (63); robur firmitatis Meich. II nr. 50, 87 (firmitas kann hier Festigung und Vestitur bedeuten); pro firmitate tradidi roborandam, Form. Visig. 1; Quoniam nulla donatio proprietatis robur firmitatis obtinere potest, nisi comitie testimonio ... firmetur, Schmidt Urkdb. des Hochstiftes Halberstadt I, 847. Die Folge der Sicherung vor fremden Ansprüchen durch eine förmliche Übertragung klingt aus den Worten (Meichelb. I nr. 8 (17)): .... evindicare (vindicare) non valeat, nämlich wenn die Vestitur stattgefunden hat.

Über das Verhältnis von Firmatis und Vestitura äußert sich Haiß S. 135 und 127. Firmatio bezeichne einfach die Vestitur ala Sicherungsmittel „Dies ist aber nur eine, wenn auch sehr wichtige prozessuale Folge.“ (S. 135). Nicht eine, sondern die Folge! S. 127 heißt es: die Vestitur diene nicht bloß zur Feststellung des Gegenstands der Übertragung und zum sichtbaren Ausdruck des erlangten Rechts, sondern war zugleich eine Sicherung des Rechtsgeschäfts überhaupt.“ Über die Bedeutungsentwicklung von firmare zu vestire ist folgende interessante Beobachtung zu machen. Die Verstärkung, die im trado et transfundo (s. S. 18, Anm. 1) liegt, kommt in dem offensichtlichen Ersatz transfirmo zum Ausdruck: Form. Sal. Lindenbrog. 8: trado atque perpetualiter in omnibus transfirmo; Meich. I nr. 35 (43): tradidi et transfirmavi; nr. 109: donavi tradidi atque perpetualiter in omnibus transfirmavi (in der folgd. nr. 110 (165) steht wieder transfundo) nr. 111 (166): trado et transfirmo (firmabo) (nr. 112 [170] aber transfundo); nr. 515 (552): dono trado et transfirmo; nr. 380 (392); donavit et transfirmavit perpetua stabilitate. Von hier aus rührt wohl dann die häufige Verwendung von tradere et firmare oder confirmare: Meich. I nr. 5 (10), 13 (23), 24 (31), 50 (72), 51 (74), 66 (75), 69 (vgl. 275), 70 (102), 73 (54), 99 (120), 103 (143), 107 (151), 108 (153), 522 (575). Schannat Trad. fuld. I nr. 82: traditum et firmatum. Meich. I nr. 44 (56), 55 (85): tradidi, fundavi, confirmavi; firmiter firmare nr. 59 (91), 112 (170); firmiter confirmavit nr. 492 (520 ebenda firmiter condonare); firmiter (est) confirmatum nr. 410 (436); trado et confirmo Coll. Patav. 6; indubitanter confirmavit ea firma ratione nr. 492 (520; vgl. damit firmiter tradidit z. B. 89 (100)); ad semper abendum confirmabi Cod. Cav. III 462; laudam traditionem confirmavit, Wigand Fehmgerichte Westfalens S. 229 Urkd. von 1170. Vgl. auch Meich. I nr. 76 (101); einmal heißt es da: tradimus in possessionem perpetuam, das andere Mal: firmamus in perpetuam possidendam. Statt firmare tritt auch stabilire auf, z. B. tradidi et stabilivi, Meich. I nr. 21 (30); pro

für den Mangel der Übertragungsform, der Sicherstellung durch sie, einzustehen [1]).

Diese gedankliche Verknüpfung zwischen Gewere (Vestitura) und Gewährschaft besteht. Diese Behauptung, die in anderer

confirmandam et stabilisendam, Cod. Cav. III 460, 463. Auch delegare tritt synonym mit tradere auf: totum firma traditione delegavit Meich. I nr. 100 (127a); auch nr. 492 (520). Alle diese Worte wechseln und wachsen ineinander: tradimus vel transfundavimus Meich. I nr. 57 (89); trado namque haec atque confirmo seu transfundo nr. 62 (95). Es erscheint schließlich tradere et vestire zusammen: in omnibus tradidit et consignavit et eum de ipsas res in omnibus vestivit, Additamenta Coll. Flaviniac. nr. 2; ähnlich 6; Meich. I nr. 111 (166), 326 (331), 515 (552), 522 (575). In nr. 111 (166) trado et transfirmabo . . . . (und im Anschluß daran) et vestivit; nr. 326 (331): tradidit et . . . circumduxit et consignavit et vestivit et firmavit, hier ist die Übertragungshandlung durch eine Häufung zum Teil gleicher Ausdrücke bezeichnet. Dem ähnelt Schannat, trad. fuld. I nr. 82: ad vestiendum et inducendum et roborandum. Instruktiv ist ein Vergleich zwischen Meich. I nr. 86 (162) und 510 (547). Nr. 86 (162): Et in alio loco simili traditione firmavit, nr. 510 (547): Proinde transmisit Hitto legaliter Missum suum . . ad ipsum locum, ut vestituram legaliter accepisset; ibidemque veniente Rubone imprimis . . . R. vestivit et de parte sororis suae . . . similiter de ipso vestivit. Deinde L. simili confirmatione vestivit. Man vgl. auch das dem firmiter tradidit entsprechende firmiter vestivit in Bitt. nr. 591 (Meich. nr. 550). Neben tradere et vestire ist die Umkehrung zu beachten, z. B. Meich. I nr. 412 (435c): in manus redidit et (ac) revestivit. Vgl. Form. Andec. 47. Hübner S. 124. Beseler S. 43 Anm. 61; auch devestire, Form. Alsaticae 4. Noch sind einige Beispiele anzuführen teils dafür, daß nur firmare den Vestiturakt bezeichnet, teils dafür, daß firmare und vestire durcheinander gebraucht werden. Meich. I nr. 28 (46a): propria manu tradendo firmavi. Vor allem nr. 111 (166). Nr. 326 (331): tradidit et post obitum praedicti Rikheri filius ejus Chraft circumduxit et consignavit praedictam terram . . . . et in manus illorum vestivit et cum testibus firmavit. Nr. 515 (552): trado in manus H. et permaneat firma stabilisque ipsa mea traditio persistat et statim vestivit. Eine offenbare Gleichsetzung aber ist in Meich. I nr. 395 (417) zu finden: Fidejussores . . . ad vestituram seu firmitatem perficiendam. Zu erwähnen ist noch, daß statt firmare selten prestare gebraucht ist; z. B. Meich. I nr. 607. — Merkel a. a. O. S. 108 spricht die Firmation als „unbedingte“ Sicherung aus. Vgl. auch S. 150, S. 152 ff. Die Ausführungen von Friese und Liesegang, Magdeburger Schöffensprüche, 1901, S. 858 ff. können wohl ebenfalls hierfür in Anspruch genommen werden.

[1]) Die Berufung auf den Gewähren war nötig, wo die Vestitur selbst in Zweifel gezogen wurde. Hübner S. 113.

Form lautete: Besitzübertragung ist Besitzsicherung, kann angesichts der Quellenbelege unbedingt aufrecht erhalten bleiben. Zweifel allein gibt das Sprachliche.

§ 3.

3. Gewere und Gewährschaft

(Dazu ein sprachwissenschaftlicher Anhang von Prof. Dr. Th. Siebs)

Gewere und Gewährschaft, in den sächsischen Quellen in gleicher Schreibung als gewere, gewerschaft, haben äußerlich die Vermutung gleichen Ursprungs für sich, zumal Gewere und Gewähre meist zusammen auftreten[1]).

Freilich darf die Ähnlichkeit der Ausdrücke nicht der Ausgangspunkt sein, sondern allein der Sinn, der ursprünglich an den Worten haftete. Darum ist eine eingehende begriffliche und quellenmäßige Erörterung vorangegangen.

Das Naheliegende mag schon früher, wenn auch nicht auf Gründe gestützt, behauptet worden sein[2]). Aber der Autorität Grimms unterwarfen sich alle Schriftsteller, als er die Wurzeln der beiden Worte streng schied. Ihre Vereinigung führt daher Heusler auf Unklarheiten zurück, „welche in der Ähnlichkeit der Ausdrücke der alten Sprache nur zu reichliche Nahrung fanden, aber nach Jacob Grimms sicherer Scheidung nicht mehr hätten sollen festgehalten werden“[3]).

---

[1]) Gewähren, währen I = bekleiden. Währen ist seltener in dieser Bedeutung. DWB. Bd. XIII Sp. 781; ahd. werihan = vestire. Vgl. *ἕννυμι* aus *Fέσνυμι*. Gewähren II = praestare, leisten. Gewähre, Währe ist nomen agentis zu währen II = Gewährsmann, Sp. 766 a. a. O. Deutlicher ist noch Gewährer bei Schmeller Bair. WB. II Sp. 251. Auctor rei qui vulgo Gwer dicitur, Meich. II 1, S. 28 f.

[2]) Vgl. Sandhaas, Germanistische Abhandlungen S. 81 Anm. 2. S. 67 Anm. 122 heißt es: investituram promittens sei eine „schlechte Übersetzung von Gewere im Sinne von Gewährleistung für die in genau sich ausdrückenden lateinischen Quellen warandia gebraucht wird.“ Vgl. auch Merkel a. a. O. S. 155 Anm. 177.

[3]) Grimm und Heusler folgend scheidet Haiß, S. 88. Heusler, Gewere S. 1 Anm. 2. Die Schwierigkeit des Zusammenhangs der rom. Formen warant, warandia mit gewere soll nicht verschwiegen werden. Man meint, daß a in diesen romanistischen Formen auf altes ë zurückgehen müßte. Dann wäre die Wurzel wëren allerdings notwendig. Die neueren Romanisten

Wenn aber doch unternommen wird, der Ansicht Grimms, obwohl er kritiklose Gefolgschaft fand[1]), auf den Grund zu gehen, so gibt folgendes den Ausschlag. In erster Linie richtet sich die Unterscheidung gegen die Versuche gewere von Gewähr herzuleiten[2]). Das ist allerdings unmöglich. Hier handelt es sich einzig um das Umgekehrte. Und zweitens ist die Wurzel wëren, die dem gewähr zugrunde liegen soll, nicht einwandfrei belegt[3]).

Aber der Inspirator und Bearbeiter des deutschen Wörterbuchs hat mit seiner Ansicht nicht alle Nachfolger am eigenen Werke überzeugen können. Wenn auch später von Bahder[4]) wieder Grimms Scheidung unbedingt aufrecht erhält, wendet sich

---

(Appel) nehmen es allerdings nicht mehr an. Jedenfalls berühren sich die a- und e-Formen, die Stämme war und wer aufs engste, und dann läge darin eine ausreichende Erklärung des behaupteten Zusammenhangs (Anhang IV), wenn etwa nicht gar Umlaut-e zugrunde liegen könnte. Die Wurzel wër bedarf aber einer festeren Grundlage (siehe Anhang). Du Cange (VIII) will warantus sogar von creantare herleiten = fidem facere; nostri enim creanter, cranter et granter dicebant, unde formata vox garantie.

[1]) Heusler, Gewere, S. 1; Haiß S. 88, v. Bahder im DWB. ausdrücklich. Bei den meisten ergibts der Sinn ihrer Betrachtungsweise.

[2]) Heusler, Gewere S. 1 Anm. 2.

[3]) Anhang unter wër. DWB. unter Gewähr Sp. 4801: Die Entwicklungsgeschichte von wern = praestare liege noch sehr im Dunkeln. Rabel, Die Haftung des Verkäufers 1902, setzt S. 175 das Aufkommen von wëren mit altem ë für das Ende des 12. Jahrh. an. Eine solche Bestimmung ist nicht so sicher zu treffen. Dieses Gewëren identifiziert nun Rabel (S. 175) mit varjan = defendere. Inwieweit Gewere mit diesem varjan zusammenhängt, ergibt der Anhang. Gewährschaft aber im Sinne von defensio ursprünglich anzunehmen, ist schwer angängig, da sich zwar der Inhalt der Gewährschaft in einer Verteidigung erschöpft, dem Ursprunge nach aber strenge Besitzsicherung bedeutet. Erst die späteren Urkunden stellen defensio und warandia zusammen. Charta v. 1225: defensionem atque Warandiam, ebenso eine Charta v. 1280 in Du Cange VIII. Ebenda (Bractoni lib. 5 tract. 4 § 2): Nihil aliud est (warentizare nämlich) quam defendere et acquietare tenentem, qui Warantum vocavit in saisina sua. Jedenfalls tritt hier wieder Gewähr mit Gewere (saisina) zusammen. Liebermann, Gesetze der Angelsachsen II, Gewährleisten im Domesday heißt (re)vocat liberatorem: [Landbesitzer] ruft an als den Erteiler der Livery of Seisin (Gewere). Übrigens ist im Beginn der Neuzeit die Schreibung Gewehrschaft üblich. Wie die Schreibung überhaupt ohne Bedeutung ist, hier gewiß, da ja auch Gewere als Gewehr erscheint.

[4]) DWB. unter Währe Sp. 755.

Wunderlich, der Bearbeiter des Wortes Gewähr, mit erstem Zweifel gegen Grimm (obwohl das schon äußerlich geschieht, indem er Gewere unter Gewähr behandelt). Er konstatiert zunächst nur ein Übergreifen von gewähr I (= vestire) auf gewähr II (= praestatio), was v. Bahder bestätigt[1]). Aber die Ungewißheit über das wëren und die Annahme einer stärkeren Ausbildung des gewähr II, weil es für den allgemeinen Gebrauch besser geeignet schien[2]), lassen ihn den Zusammenhang etwas enger knüpfen[3]). Mehr noch scheint die Geschichte des Verbums gewähren diese Annahme zu befördern. Es zeigt sich gewähren = praestare als entwicklungsfähiger als gewähren = vestire[4]). Es ist kaum möglich, die zu vestire gehörenden Beispiele von den zu gewähren = leisten, bezahlen zu sondern. Und dazu tritt ein grammatischer Entwicklungszusammenhang[5]).

Eine Bedeutungsgemeinschaft, die kaum mehr eine deutliche Scheidung von gewähr I und II zuläßt, tritt bei dem Substantiv Gewährschaft hervor[6]). Das Gebiet des Rechts ist es und zwar

---

[1]) DWB. Bd. XIII Sp. 755.

[2]) a. a. O. Sp. 755 und 766: er betont es für währen und bestimmter noch beim Substantiv währschaft, ebenso wie Wunderlich bei gewährschaft Sp. 4888; auch Schmeller unter weren, Bair. WB. Sp. 251.

[3]) Für gewähren II sucht Wunderlich (Sp. 4785. 4801) im mhd. warn einen Ersatz, wozu das romanistische warandia besser passe; dagegen v. Bahder DWB. XIII Sp. 755.

[4]) v. Bahder a. a. O. Sp. 755 und 766. Dieser konstatiert sogar eine Einschränkung des währen auf II, vorzugsweise auf die Sicherung des Besitzes angewandt; Sp. 757: were sei auch die Zusicherung bei Eigentumsübertragung. „Einige nicht hierunter fallende Gebrauchsweisen stehen vereinzelt.“ (Sp. 766).

[5]) DWB. (gewähren) Sp. 4821 f., bes. 4822 b.

[6]) Capit. a. 818 c. 6 (bei Kraut, S. 184): traditionem faciat et fidejussores vestiturae, salunga gedue inde burigun theru geuueri; donet ei qui illam traditionem accipit, vestituram faciat: geue himo ther thia sala infahit geuueri gedue; . . . fidejussionem faciat ejusdem vestiturae: burigun gedue theru scluеru geuueri. Mei chelb. II 236, 239. Mon. Boica IV 199 ff, XXV S. 307. 457. Stadtrecht von München (Auer) 167: mit der gewerschaft vertreten, d. i. für die Gewere einstehen. Schmeller, Bair. WB II Sp 251: salmanisch lehen aigen sey ain solch guett, das besser sey denn anders freys aigen, wan man habs vor ye und ye gesalt von ainem pauren, der dann salman gewesen seye als zu ainer bestättung der Gewerschaft und wan ainer ain salmanisch aigen in der gewer gehabt hab

das engere Gebiet des Rechts der Gewere, wo die Gewährschaft aufkommt[1]).

Ähnlich sind die Gewährbürgen zugleich Gewerebürgen[2]). Sie stehen dafür ein, daß der Empfänger in seinem Besitz nicht beeinträchtigt werde[3]).

---

jar und tag vnd das mit dem salman erzeugen hab mögen, so hab er sein gewer durchsessen vnd weder ander brieff noch sigill darumb bedurft. (Kundschaft, erlassen unter Herzog Hainrich, 1492). Heumann, Opuscula (1747) S. 106: . . und sol sich damit also gewerschaft ergangen habn und sol auch der, der da gekauft hat, damit alle sein gewer erlangt habn. Breslauer Urkdb. (Korn) S. 49: . . und derselbe gewere komme vor gerichte und bekenne der gewerschaft.

[1]) DWB. a. a. O. Sp. 4847 Vc; vor allem 4888: „Der Schwerpunkt der an eine Besitzübertragung anknüpfenden Verwendung liegt bei gewerschaft auf der rechtlichen Verpflichtung, die dem Verkäufer gegenüber dem Käufer obliegt und die in der Parallele mit warandia ihren besonderen Ausdruck erhalten hat. Auch hier tritt gewerschaft in einzelnen Handschriften einfach als Variante für gewere ein.“ Der wichtigste Punkt ist, daß die Gewährleistung bei der Besitzübertragung regelmäßig genannt ist. Planck, Gerichtsverfahren im Mittelalter 1879, I, S. 593; Rabel, S. 176. v. Bahder, DWB. a. a. O. Sp. 766 (vgl. Anm. 11.) Wigand, WB. I, 715, gewerschaft = rechtskräftig gesicherter Besitz, Innehabung mit rechtlicher Sicherheit.

[2]) u. [3]) Sie heißen fidejussores vestiturae, werpurgen, gewerpurgen. Mon. Boica XXV S. 308. 356. 377. 457 f., Joh. Heumann, opuscula (1747) S. 323 f. Gesetze der Angelsachsen. I Athelr. 3, II Athelst. 10. Der Text folgt der Ansicht Gierkes, Schuld und Haftung S. 312. Auch Dahn, Könige IX, 2 S. 352: „Bürgen . . . . verbürgen die Unanfechtbarkeit und die Haftung für Entwerung,“ ebenso Haeberlin, Systematische Bearbeitung der Urkden in Meich. Hist. Fris. 1842, S. 29. Dahn scheidet die erwähnten Bürgen von solchen, die bei der traditio, die binnen einer bestimmten Frist vorzunehmende Vestitur geloben müssen; a. a. O. S. 348 f. Meich. I. nr. 395. (417) kann wohl beides bedeuten: Fidejunores ad vestituram seu firmitatem hujus traditionis perficiendam. Das „seu“ könnte vielleicht auch unserm „eventuell“ gleichzusetzen sein: Bürgen, die die Vestitur, ev. deren Sicherheit zu bewirken haben. In nr. 608 (635) aber ist allein der Auffassung Gierkes zu folgen. Die Stelle lautet: Ipse auctor traditionis . . fidejussor exstitit vestiturae. Gierke S. 312: Als Bürge der Investitur fungiert mitunter der Tradent selbst. Dahn deutet diese Stelle anders, a. a. O. S. 349. Häberlin, S. 29, erwähnt beide Möglichkeiten, ohne sich zu entscheiden; S. 26 folgt er eher der im Text vertretenen Meinung. Ebenso Merkel, a. a. O. S. 140. 146. 149 f. und Anm. 151, S. 159, S. 160 Anm. 212: „Bürgen heißen auch vestitores“.

Von Vestitura - - Giwerida führt die Richtung zu Gewährschaft = Sicherleistung[1]). Die Auflassung selbst wird mit Währschaft bezeichnet[2]). Worin liegt der Grund dafür? Nicht darin, daß die Gewährschaft bei der Auflassung versprochen ward, sondern weil die Auflassung selbst Sicherstellung ist[3]). Die Gewährschafspflicht geht vollständig auf in der Anforderung, für die Gewere Sorge zu tragen. Das Recht wird nie so nachgeprüft als vielmehr die sie ausdrückende Form. Ihrer Verletzung gilt alle gerichliche Untersuchung. Wer ihre Unversehrtheit erweisen kann, ist der rechte Gewähre[4]). Eine öffentliche aller Form genügende Auflassung ist die beste Sicherung vor fremden Ansprüchen. Eine Tatsache ist dafür bezeichnend. Die Gewährschaft hört da auf, wo nach

---

[1]) DWB. a. a. O. Sp. 4889. Ob in giwerida das ältere giweri-Besitz ursprünglich steckt, darüber handelt ausführlich der Anhang.

[2]) Übertragung der Gewere und Gewährschaftsgelöbnis erfolgen in derselben Form, wie aus Meichelbeck II, nr. 373 zu ersehen ist: „ . . . . an den Stab geloben, ... umb vermelten verkauf getreuer gewehr und fürstandt zu sein und solchen verkauf am stab ybergeben und . . . denselben verkauf . . . am stab ybernemen.“ Im deutschen Mittelalter ist nach Sohm, Das Recht der Eheschließung 1875, S. 85 die Auflassung Vestitur; sie ist „die formale Besitzübertragung, die zur Erlangung der Gewere notwendig ist.“ Noch im 13. Jahrh. wird die Auflassung direkt als Investitur bezeichnet (in seine Gewere lassen).

[3]) Gierke, a. a. O. S. 306 sieht in der Übergabe eines Wadiums bei der Tradition nicht die Aushändigung eines Investitursymbols, sondern eines „Verpflichtungsymbols in Ansehung der Gewährleistung für ungestörten Besitz.“ Beyerle, Salmannenrecht S. 123 ff., steht auf ähnlichem Standpunkt. Die Sale habe, selbst obligatorischer Natur, die Währschaftsübernahme, die eine schuldrechtliche Verpflichtung ist, mitumfaßt. Die Verdichtung von Sale und Vestitur zu einem dinglichen Akt habe die Währschaftsübernahme zu einem objektiven Rechtsatz gemacht, „der ohne weiteres jeden Verkäufer traf.“ Diese Scheidung von Sale und Vestitur (nach römischen Vorbild) kann allein Beyerles Ansicht rechtfertigen. Die Gewährschaftspflicht ist die Folge der Gewereübertragung. Vgl. ferner Rabel, S. 176 Anm. 6; Haeberlin, S. 6 scheidet Traditio und Vestitur als obligatorisch und dinglich.

[4]) Es sei erwähnt, daß die Form „Gewährsmann“ zuerst in Urkd. Ottokars für die Stadt Leobschütz, a. 1270, (Tzschoppe und Stenzel S. 380) sich findet: dazselbe Pferd wirt her dirfolgen bys an den sebenden Geweremann; Endemann, Kleines Keyserrecht S. 103, II. 64: ab er des wermanns nicht enhet!

dem Willen der Rechtsordung die Gewere nach Zeitablauf als unangestastet gilt, also im Falle der rechten Gewere [1]). — —

Zweifel wegen der Schreibung der heut unterschiedenen Worte erledigt der Anhang VII, und auch Zweifel wegen der Bedeutungswandlung von Gewere zu Gewährschaft können nicht den Ausschlag geben [2]).

Wenn manches auf einen Entwicklungszusammenhang weist, mit Sicherheit wird er nie behauptet werden können. Eine eingehende spezielle Untersuchung bringt der Anhang.

---

[1]) Meich. II. nr. 360: Wir sollen und wöllen auch darzu ir Gewer und fürstandt aller . . . gütter sein, also wo die angesprochen wurden, die ihn ohn allen schaden rihtig und missig machen so lang bis sich rehte gewehrschafft darumb ergangen hat. Ebenso a. a. O. nr. 362. Vgl. die S. 25 Anm. 6 zitierte Stelle aus Schmellers Bair. WB. II. Die Gewährfristen sind gleich groß für gewere = vestitura und gewerschaft = warandia, Riedner, die Rechtsbücher Ludwigs des Bayern, Beyerles Beiträge VI, 3; Bückling, a. a. O. S. 157., Merkel, a. a. O. S. 168.

[2]) Man vergleiche die Entwicklung des Wortes Ding von Zeit, Gerichtsort, Streitsache usw. bis zu Gegenstand überhaupt. Mit dem Wort Sache ist es ja ähnlich ergangen.

Ausblick

Aus der sichernden Kraft der formellen Besitzübertragung — Vestitur — ergeben sich für die Auffassung vom Wesen des Gewährschaftszuges wichtige Folgen. In der Gewere kommt das Recht des Erwerbers zur Ruhe, gelangt die Änderung des Besitzstandes zur Versöhnung. Gegen den neuen Zustand der Gewere richtet sich der Angriff des Klägers im Anefangsprozeß. Es handelt sich daher bei der Abwehr um die Erhaltung der Gewere. Und das ist nur so weit möglich, als in der Kette der Besitzübertragungen ein der Öffentlichkeit genügender Akt jedesmal nachweisbar ist. So wird im Gewährzug die Frage nach dem Vorleben der Gewere aufgeworfen. Er kündet die Geschichte der Gewere. Der Beklagte schiebt dem Gewähren die Sache zu, er rekapituliert den formalen Akt, der ihm die Gewere verschaffte. Der Gewähre wiederholt es seinem Gewähren gegenüber, und so fort. Wo aber einmal ein Übergang der Form — die Gewere ist ja Form des dinglichen Rechts — nicht erweisbar ist, „steht der Zug still", wie angelsächsische Quellen sich ausdrücken.

Dann ergibt sich eine doppelte Folge. Objektiv hat die Sache einen Mangel ihres Ursprungs, den Gewerebruch, offenbart. Die Unversehrtheit ihres früheren Zustandes hat die Macht, jedem von dem Gewerebruch an erfolgten, auch redlichen Erwerbe zu derogieren. In subjektiver Beziehung ist der, bei dem der Zug der Gewere zum Stillstand gelangt, — sofern nicht durch

ihn erst die Sache entstanden ist, also originärer Erwerb vorliegt — der Dieb.

Der Gewährschaftszug ist eine Prozeßform. Ihr formaler Charakter ist daraus zu erkennen, daß die Übernahme des Prozesses durch den Gewähren, der an Stelle des Beklagten in den Prozeß eintritt, nicht eine Auflösung, Rescission, des zu grunde liegenden Rechtsgeschäfts zwischen den wechselnden Parteien zur Folge hat. Der Kauf oder die Schenkung wird nicht rückgängig gemacht, sodaß etwa mit dem Wechsel der Abgelöste aus dem Rechtsverhältnis entlassen wäre. Er ist lediglich von der Last des Rechtstreits frei. Sein Ausscheiden erhöht die Wirksamkeit der Prozeßführung des Übernehmenden, durch seine Isolierung und Verselbständigung. Der ganze Prozeß wird immer in einer Person konzentriert. Diese Vereinzelung fordert aber die weitesten Kampfmittel, die persönlichste Einwendung, die originären Erwerbs.

Ruht so alle Bedeutung des Gewährzuges im Prozeß, so eröffnet sich von da aus das Verständnis für die fortschreitende Entwicklung in der Geschichte. Das spezielle Prozeßinstitut löst sich von dem materiellen Grunde, auf dem es unzweifelhaft entstanden ist, und gestaltet sich zu einer allgemeinen, dem Einzelfall nicht dauernd verbundenen Verfahrensweise, die dann auf bestimmte Rechtslagen übertragen werden kann.

Der Fall des Codex III, 19, 2 worin eine prozeßrechtliche Beziehung zwischen dem alieno nomine possidens und dem dominus behandelt wird, enthält nicht in sich jene Verfahrensweise, die man mit laudatio auctoris bezeichnet und die man aus diesem Falle hergeleitet hat. Erst nachdem der Parteienwechsel in jene Stelle hineingetragen worden war, indem ein deutscher Gedanke die Form für römischen Inhalt gab, vollzog sich der historische Verschmelzungsprozeß, der in unserer Zivilprozeßordnung den § 76 schuf. Dem alieno nomine possidens wurde der unmittelbare Besitzer — detentor —, dem dominus der mittelbare substituiert; während es sich in Codex III, 19, 2 gar nicht um das Verhältnis handelt, das unserem § 868 BGB. entspricht, sondern

um das des nicht legitimierten Verwalters eines Grundstücks zu dem abwesenden allein legitimierten Dominus.

Aus jener Verbindung aber, die in § 76 ZPO. vorliegt, löst sich bereits wieder das Element, das als allgemeines Verfahren erkannt ward, und behauptet sich jetzt als Verfahrensweise: Durch Ausdehnung auf andere Fälle, wie es im § 77 ZPO. und im § 9 Absatz 4 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen geschieht.

Lebenslauf

Ich, Fritz Gillis, bin am 8. Februar 1890 als Sohn des Kantors Moritz Gillis und seiner Ehefrau Ulrike, geb. Gumpert in Ostrowo geboren. Ich bin jüdisch, Preuße. Ich besuchte das Gymnasium in Beuthen O/S., das ich Ostern 1909 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Bis Ostern 1912 studierte ich Rechtswissenschaften und Philosophie in Berlin, Heidelberg und Breslau und hörte Vorlesungen bei

Brie, Brunner, Dochow, Engelmann, Endemann, Fischer, Gothein, Gretener, Guttmann, Heilborn, Heinsheimer, Hellwig, Jastrow, Klingmüller, Koch, Kohler, Leonhard, Herb. Meyer, Rauch, Schott, Schröder, Simmel, Wolf, Wolff, v. Wenckstern.

Am 12. Oktober 1912 bestand ich beim Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Prüfung, am 8. November 1912 vor der Juristischen Fakultät der Universität Breslau das mündliche Doktorexamen. Zur Zeit bin ich Referendar in Canth bei Breslau.

Druck von A. Favorke, Breslau II.